



**University of  
Zurich<sup>UZH</sup>**

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2013

---

**Art. 333 Abs. 7 StGB Grenzenlose Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht?  
(Zweitpublikation)**

Thommen, Marc

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-90511>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Thommen, Marc (2013). Art. 333 Abs. 7 StGB Grenzenlose Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht? (Zweitpublikation). Recht: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 31(6):276-288.

Marc Thommen

## Art. 333 Abs. 7 StGB Grenzenlose Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht?

*Im Kernstrafrecht gilt die Regel, dass im Grundsatz nur strafbar ist, wer ein Delikt vorsätzlich verübt. Im Gegensatz dazu statuiert Art. 333 Abs. 7 StGB eine grundsätzliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei Übertretungen aus dem Nebenstrafrecht. Der nachfolgende Beitrag zeigt auf, dass sich die besagte Bestimmung mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte zwar erklären lässt, dass sie heute aber aus rechtsstaatlicher Sicht nicht mehr haltbar ist. Ein Plädoyer für die Streichung von Art. 333 Abs. 7 StGB.*

### Inhaltsübersicht

- I. Fahrlässiger Betrieb von Geldspielautomaten?
  - II. Regelungsgehalt von Art. 333 Abs. 7 StGB
  - III. Art. 333 Abs. 7 StGB als rechtsstaatliches Problem
  - IV. Gesetzgebungsgeschichte von Art. 333 Abs. 7 StGB
    1. Praktische Bedürfnisse
    2. Formaldelikt
    3. Vorsatznachweis
    4. Fahrlässige Verbotsunkenntnis
    5. Rechtsfahrlässigkeit
    6. Rechtsirrtum
    7. Zusammenfassung
  - V. Streichung von Art. 333 Abs. 7 StGB?
- Literatur und Materialien

### I. Fahrlässiger Betrieb von Geldspielautomaten?

Einem Spielsalonbetreiber in Winterthur wurde vorgeworfen, Spielautomaten ohne vorherige Konformitätsprüfung aufgestellt und betrieben zu haben. Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte ihn deshalb wegen mehrfacher Übertretung von Art. 56 Abs. 1 lit. c des Spielbankengesetzes. Gegen diese Verurteilung wehrte sich der Spielsalonbetreiber erfolgreich. Der Anklagegrundsatz war verletzt, weil der Glücksspielcharakter der Automaten nicht nachgewiesen war. Das Bundesgericht hob das Urteil auf und wies es mit folgender Anweisung zur erneuten Beurteilung zurück: *«Im neuerlichen Verfahren wird die Anklagebehörde ... das Vorliegen von Glücksspiel zu behaupten und zu beweisen haben. Für den Fall, dass dieser Nachweis gelingen sollte, ist zu beachten, dass nur der vorsätzliche Betrieb von Glücksspielautomaten*

*strafbar ist.»*<sup>1</sup> Dieser Hinweis des Bundesgerichts, dass nur der *vorsätzliche* Betrieb von (gemeint ist hier: ungeprüften) Glücksspielautomaten nach Art. 56 Abs. 1 lit. c Spielbankengesetz bestraft wird, ist unzutreffend: Wie sich bereits aus der Lektüre von Abs. 2 ergibt, wird *«wer fahrlässig handelt ... mit Busse bis zu 250 000 Franken bestraft»*. Doch selbst wenn das Spielbankengesetz die Fahrlässigkeit nicht explizit bestrafen würde, wäre sie strafbar. Dies ergibt sich aus Art. 333 Abs. 7 StGB. Nach dieser Bestimmung sind die nebenstrafrechtlichen Übertretungen grundsätzlich auch bei fahrlässiger Begehung strafbar. Die zitierte Passage des Bundesgerichtsurteils ist somit gleich doppelt falsch.

In Art. 333 Abs. 7 StGB geht es um die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei Übertretungen im Nebenstrafrecht. Die nähere Umschreibung dieser Bestimmung wird zeigen, dass Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht auch ohne explizite gesetzliche Statuierung strafbar ist (II.). Aus heutiger Sicht ist diese Bestimmung aus mindestens fünf Gründen rechtsstaatlich schwer defizitär (III.). Ihre Bedeutung lässt sich nur im entstehungsgeschichtlichen Kontext erschliessen (IV.). Dabei wird sich zeigen, dass Art. 333 Abs. 7 StGB nicht auf die fahrlässige *Begehung* nebenstrafrechtlicher Delikte abzielt (sog. *Tatfahrlässigkeit*), sondern das im Nebenstrafrecht besonders virulente Problem der pflichtwidrigen *Verbotsunkenntnis* (sog. «*Rechtsfahrlässigkeit*») regeln möchte. Weil die vorwerfbare Verbotsunkenntnis heute nicht länger als Problem des Vorsatzes, sondern der Schuld verstanden wird, welches durch Art. 21 StGB sachgerecht geregelt ist, stellt sich abschliessend die Frage, ob Art. 333 Abs. 7 StGB nicht ersatzlos gestrichen werden kann (V.).

Dr. iur., LL.M., Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist hervorgegangen aus meinem Habilitationsvortrag an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern vom 25. März 2013. RA Dominik Hasler, MLaw, RA lic. iur. Christina Diethelm sowie Prof. Dr. iur. Felix Bommer danke ich herzlich für die anregenden Diskussionen, die wertvollen Hinweise und die kritische Durchsicht des Manuskripts.

<sup>1</sup> Bundesgerichtsurteil 6P.17/2006, 6S.43/2006 vom 14. Dezember 2006.

## II. Regelungsgehalt von Art. 333 Abs. 7 StGB

Zunächst ist es hilfreich, das Problem im «Gestrüpp»<sup>2</sup> des Nebenstrafrechts genau zu verorten. Art. 333 StGB regelt das Verhältnis des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs zu den Strafbestimmungen in anderen Bundesgesetzen. Es geht also um das Verhältnis zwischen dem Kernstrafrecht (StGB) und dem Nebenstrafrecht. Als Nebenstrafrecht gelten die Strafbestimmungen des Bundesrechts ausserhalb des Strafgesetzbuchs.<sup>3</sup> Praktisch bedeutsame nebenstrafrechtliche Erlasse sind etwa das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG) oder das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG). Aber auch das Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 oder das bereits erwähnte Spielbankengesetz gehören zum bundesrechtlichen Nebenstrafrecht.<sup>4</sup> Hierzu bestimmt Art. 333 Abs. 1 StGB, dass der Allgemeine Teil des Kernstrafrechts (StGB AT) grundsätzlich auch im Nebenstrafrecht Anwendung findet.<sup>5</sup> Vorbehalten sind abweichende spezialgesetzliche Bestimmungen. Einen weiteren Vorbehalt zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils im Nebenstrafrecht schafft Art. 333 StGB gleich selbst: Dessen Absatz 7 bestimmt: «Die in andern Bundesgesetzen unter Strafe gestellten Übertretungen sind strafbar, auch wenn sie fahrlässig begangen werden, sofern nicht nach dem Sinne der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist.»

<sup>2</sup> In Anlehnung an Pfund, Das Gestrüpp unseres Steuerstrafrechts, ASA 48 (1979) Heft 1/2, 1 ff.

<sup>3</sup> Roland Wiprächtiger, BSK StGB II, Art. 333 N 5 ff., dem zufolge der Begriff der Nebenstrafgesetzgebung durch die Arbeit von Eduard Tschopp, Verhältnis der allgemeinen Bestimmungen des Bundesstrafrechts von 1853 und des eidgenössischen Strafgesetzentwurfes von 1918 zur Nebenstrafgesetzgebung, Diss. Zürich 1930, Lenzburg 1931, geprägt worden sein soll. Er findet sich allerdings bereits in der parlamentarischen Beratung, vgl. Votum NR Seiler in der Sitzung vom 3. März 1930, StenBull NR 1930 41.

<sup>4</sup> Für Trouvaillen aus dem kantonalen Übertretungsstrafrecht vgl. etwa das Übertretungsstrafgesetz des Kantons Luzern vom 14. September 1976 («§ 13 Unbefugtes Schiessen – Wer unbefugt in Ortschaften oder in der Nähe von Gebäuden oder zur Nachtzeit, an Hochzeiten oder anderen Anlässen schießt oder Sprengladungen detonieren lässt, wird mit Busse bestraft. § 18 Ruhestörung und unanständiges Benehmen – Wer durch Lärm oder groben Unfug die Nachtruhe stört, wer sich öffentlich in einer Sitte und Anstand grob verletzenden Weise aufführt, wird mit Busse bestraft»).

<sup>5</sup> Botschaft vom 23. Juli 1918, BBl 1918 IV, 77 («Auf die strafrechtliche Nebengesetzgebung des Bundes soll der allgemeine Teil des ersten und zweiten Buches ergänzende Anwendung finden, soweit nämlich das Nebengesetz nicht Sondervorschriften hat»). Für die Anwendbarkeit des StGB AT im kantonalen (Neben-)Strafrecht vgl. etwa § 1 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Luzern vom 14. September 1976 («Verhältnis zum StGB – Die allgemeinen Bestimmungen des StGB finden auf die nach dem kantonalen Strafrecht strafbaren Tatbestände unter Vorbehalt der nachstehenden Vorschriften Anwendung»).

Es geht in Art. 333 Abs. 7 StGB also um Übertretungen des Nebenstrafrechts. *Übertretungen* sind Delikte, die mit Busse bedroht sind (Art. 103 StGB). Für die Übertretungen des *Kernstrafrechts* gelten grundsätzlich die Allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs (Art. 104 StGB). Dies gilt insbesondere auch für die hier interessierende Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Im Kernstrafrecht ist Fahrlässigkeit bei Verbrechen und Vergehen nur strafbar, wenn dies ausdrücklich so angeordnet wird (Art. 12 Abs. 1 StGB). So ist etwa die Körperverletzung nach ausdrücklicher strafgesetzlicher Anordnung sowohl vorsätzlich (Art. 122 f. StGB) als auch fahrlässig beghebbar (Art. 125 StGB). Einen Diebstahl hingegen kann man nur vorsätzlich verüben (Art. 139 StGB). Für Übertretungen, die im Schweizerischen Strafgesetzbuch geregelt sind, gilt das Gleiche. Auch sie sind ohne explizite Statuierung der Fahrlässigkeit nur vorsätzlich beghebbar.<sup>6</sup> Eine Ärztin, die es unterlässt, Schwangerschaftsabbrüche der zuständigen Gesundheitsbehörde zu melden, wird gebüsst (Art. 120 Abs. 2 StGB). Diese Meldesäumnis muss vorsätzlich erfolgen. Vergisst die Ärztin die Meldung versehentlich, bleibt sie straflos.

Genau umgekehrt gestaltet sich die Regelung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei Übertretungen im Nebenstrafrecht.<sup>7</sup> Dies ist der Regelungsgehalt von Art. 333 Abs. 7 StGB. Es gilt nicht die allgemeine Regel von Art. 12 Abs. 1 StGB, wonach Delikte mangels expliziter Normierung nur vorsätzlich beghebbar sind, sondern nebenstrafrechtliche Übertretungen sind auch ohne explizite Normierung grundsätzlich fahrlässig beghebbar.

Um das Problem zu erfassen, muss man sich die Dimensionen dieser Vorschrift vor Augen führen. Konkret bedeutet sie, dass man jedes beliebige Bundesgesetz zur Hand nehmen und darin Übertretungen suchen kann, welche sodann ohne entsprechende gesetzliche Normierung grundsätzlich auch bei fahrlässiger Begehung strafbar sind. So wird etwa nach Art. 38 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz) vom 4. Oktober 1991 mit Busse bestraft, wer einen Titel verwendet, der den Eindruck erweckt, er sei ihm von einer ETH verliehen

<sup>6</sup> Art. 104 StGB; Heimgartner, BSK StGB I, Art. 104 N 6; vgl. dazu bereits Botschaft vom 23. Juli 1918, BBl 1918 IV, 67 («Die Bestimmungen des allgemeinen Teils des ersten Buches gelten auch für die Übertretungen, mit Vorbehalt der Änderungen, die hier angebracht sind. Somit kommen zur Anwendung ... die Vorschriften betreffend Zurechnungsfähigkeit und Schuld [Art. 10–18]. Entgegen der französischen Theorie, dass zur Strafbarkeit der Übertretung die Erfüllung des äusseren Tatbestandes hinreiche, wird hier derselbe Schuldnachweis verlangt, wie bei Vergehen; insbesondere soll regelmässig nur die vorsätzliche Verübung strafbar sein [Art. 16]»).

<sup>7</sup> Zünd, Migrationsrecht – Kommentar, Art. 115 N 1 («Für die Übertretungen ... verhält es sich gerade umgekehrt. Fahrlässige Begehung ist strafbar, wenn nicht nach dem Sinn der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung bestraft werden soll»).

worden. Bereits die versehentliche Führung eines solchen Titels soll somit strafbares Unrecht sein.

### III. Art. 333 Abs. 7 StGB als rechtsstaatliches Problem

Die Regelung von Art. 333 Abs. 7 StGB ist aus mindestens fünf Gründen problematisch. Sie ist zunächst kontraintuitiv. Wenn im Kernstrafrecht, also in demjenigen Bereich des Strafrechts, der primär die fundamentalen Rechtsgüter schützt,<sup>8</sup> die Fahrlässigkeit nur auf ausdrückliche Anordnung hin strafbar ist, so würde man doch erwarten, dass fahrlässige Übertretungen des Nebenstrafrechts erst recht nur bei expliziter Statuierung bestraft werden. Art. 333 Abs. 7 StGB ist, was sogar der Bundesrat einräumt,<sup>9</sup> zweitens in hohem Masse unbestimmt. Mit der pauschalen Anordnung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit wird nicht ansatzweise deutlich gemacht, welche Sorgfaltspflichtsverletzungen nebenstrafrechtliche Folgen zeitigen sollen. Aus der Ex-ante-Sicht des Normadressaten ist überdies nicht abzuschätzen, ob das Strafgericht dereinst zum Schluss kommen wird, dass *«nach dem Sinn der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist»*.<sup>10</sup> Drittens führt Art. 333 Abs. 7 StGB als blosse Verweisungsnorm in zahlreichen Bundesgesetzen die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ein, ohne dass dies aus diesen Gesetzen selbst ersichtlich wäre. Wer also nur einen nebenstrafrechtlichen Erlass und nicht zugleich noch das Strafgesetzbuch in den Händen hält, dem bleibt die Fahrlässigkeitsstrafe verborgen. Auch dies ist unter Gesichtspunkten des Legalitätsprinzips (fair warning<sup>11</sup>) problema-

tisch.<sup>12</sup> Viertens statuiert der Gesetzgeber eine pauschale Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, ohne im Einzelfall zu reflektieren, ob die fahrlässige Begehung im entsprechenden Bundesgesetz überhaupt strafwürdig ist.<sup>13</sup> Die Regel von Art. 12 Abs. 1 StGB, dass Fahrlässigkeit nur bei expliziter Statuierung strafbar ist, zwingt den Gesetzgeber dazu, sich bei jeder Schaffung einer Strafnorm im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs zu überlegen, ob die fahrlässige Begehung auch strafwürdig ist. So stuft der Gesetzgeber die Körperintegrität als ein wichtiges Rechtsgut ein. Deshalb ist sowohl deren vorsätzliche (Art. 122 f. StGB) als explizit auch deren fahrlässige Verletzung (Art. 125 StGB) strafbar. Genau umgekehrt hat der Gesetzgeber bei Art. 144 StGB entschieden, dass die versehentliche Sachbeschädigung kein strafbares Unrecht sein soll. Wer eine Vase versehentlich zerstört, soll nur zivilrechtlich haftbar gemacht werden können. Diese Differenzierung muss der Gesetzgeber aufgrund von Art. 333 Abs. 7 StGB im Nebenstrafrecht nicht leisten. Diese mangelnde Reflexion erklärt auch, weshalb die fahrlässige Begehung vieler nebenstrafrechtlicher Übertretungen nur unter Aufbietung erheblicher Fantasie überhaupt denkbar ist.<sup>14</sup> Auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar ist schliesslich fünftens, dass Art. 333 Abs. 7 StGB für die fahrlässige Begehung keine geringere Bestrafung vorsieht, sondern die volle Vorsatzstrafe androht. Dies im Gegensatz zum Kernstrafrecht, wo mit der geringeren Strafandrohung regelmässig der geringere Unrechtsgehalt der fahrlässigen Begehung zum Ausdruck gebracht wird.

Das Problem der ungenügenden gesetzlichen Grundlage löst der Bundesgesetzgeber in neueren Gesetzen unterdessen standardmässig dadurch, dass die Fahrlässigkeit explizit (nochmals) für strafbar erklärt wird: So bestimmt Art. 52 Abs. 1 lit. f des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 30. April 1997, dass mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft wird, wer Fernmeldeanlagen an unbefugte Personen abgibt. Absatz 2 lautet: *«Wird die Tat fahrlässig begangen, so ist die Strafe Busse bis zu 50 000 Franken.»* Damit wird in Bezug auf die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Spezialgesetz eine explizite gesetzliche Grundlage geschaffen, die vorher aufgrund von Art. 333 Abs. 7 StGB nur qua Verweis bestand.

<sup>8</sup> Kritisch zur qualitativen Unterscheidung von Kern- und Nebenstrafrecht Niggli/Maeder, BSK StGB I, Art. 21 N 5.

<sup>9</sup> Botschaft vom 21. September 1998, BBl 1999 2156 (*«... eine Umkehrung von ... Art. 12 Abs. 1 E-StGB für das Nebenstrafrecht dar, die mit Blick auf das Schuldprinzip und das Bestimmtheitsgebot zwar fragwürdig ist. Eine entsprechende Überarbeitung, des gesamten Nebenstrafrechts würde jedoch weit über die Ziele der vorliegenden Revision hinausgehen»*); zum Verbot unbestimmter Strafnormen allg. Stratenwerth, AT I, § 4 N 14 ff.

<sup>10</sup> Verkannt von Nationalrat Gustav Adolf Seiler, Sitzung vom 3. März 1930, StenBull NR 1930, 46 (*«Die Kommission hält die Basler Lösung, die ja dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum lässt, für richtiger, als die Ausdehnung der Straffreiheit für fahrlässige Polizeiübertretungen ... Sache des Richters wird es sein, zu erwägen, in welchen Fällen der Natur der Sache gemäss nur eine vorsätzliche Handlung als strafbar erachtet werden kann. Trifft diese Einschränkung nicht zu, so ist auch die fahrlässige Handlung strafbar»*); zur materiellen Frage, wann nach dem Sinn der Vorschrift nur vorsätzliche Begehung strafbar ist, Thormann/von Overbeck, Art. 333 N 4 sowie unten bei Fn. 39.

<sup>11</sup> Simester/Sullivan, 41 (*«The Rule of Law mandates that people should be governed by rules which are fixed, knowable and certain.» This requires both that the rule be stated in advance, and also that it be stated clearly. Clarity is essential if citizens are to have fair warning that ... they are in danger of incurring a criminal sanction»*); s. a. Morrison, Southern California Law Review Vol. 74, 2000/2001, Issue 2, January 2001, 455 (*«The fair warning requirement implicit in the Due Process Clause demands that criminal statutes provide fair warning ... in language that the common world will understand, of what the law intends to do if a certain line is passed»*).

<sup>12</sup> Zum Bestimmtheitsgebot bei Verweisen im Nebenstrafrecht vgl. Bundesgerichtsurteil 6B\_771/2011 vom 11. Dezember 2012, E. 2 (BGE-Publ.); dazu Eicker, Bemerkungen, Rz. 12 ff.

<sup>13</sup> Krit. bereits für die Vorläufergesetze Nationalrat Gustav Adolf Seiler, Sitzung vom 3. März 1930, StenBull NR 1930 45 (*«Diese Zusammenstellung zeigt so recht die Mannigfaltigkeit der Strafbestimmungen in der Nebenstrafgesetzgebung, und zwar in bezug auf die Behandlung der Schuldform, insbesondere der Fahrlässigkeit ... Inwieweit diese Mannigfaltigkeit auf einer bewussten und klar erfassten, den einzelnen Straftatbeständen angepassten strafrechtlichen Prüfung beruht, bleibe dahingestellt»*).

<sup>14</sup> So schon Jenny, ZStrR 108 (1990) 245.



Diese neuen Bestimmungen bringen in der Strafandrohung regelmässig auch den qualitativen Unterschied zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung zum Ausdruck. Unbeantwortet bleibt aber immer noch die Frage nach der Strafwürdigkeit solcher fahrlässigen Übertretungen. Ganz zu schweigen von der Frage, wie man sich eine fahrlässige Abgabe von Fernmeldeanlagen vorzustellen habe oder wie es dazu kommen soll, dass jemand fahrlässig Postsendungen im Bereich des reservierten Dienstes befördert.<sup>15</sup> Nur «mit viel konstruktivem Scharfsinn»<sup>16</sup> sind überhaupt Fälle konstruierbar, in denen Fernmeldeanlagen pflichtwidrig unvorsichtig abgegeben oder Postsendungen versehentlich befördert werden. Das Gleiche gilt für die Strolchenfahrt mit dem Schiff eines Familienangehörigen.<sup>17</sup> Man findet sich nicht versehentlich am Ruder eines zum Gebrauch entwendeten Schiffes. In BGE 117 IV 302 ging es um eine Verurteilung wegen fahrlässigen Führens eines Fahrzeugs trotz Führerausweisentzugs. Das Strassenverkehrsamt hatte einem Fahrzeuglenker telefonisch die Rückgabe des Führerausweises für den Vortag zugesichert. Er hatte somit bei seiner Fahrt «sachverhaltsirrtümlich» angenommen, wieder fahrberechtigt zu sein. Der Irrtum war indes fahrlässig, weil es der Lenker pflichtwidrig unterlassen hatte, sich des tatsächlichen Eintreffens seines Führerausweises zu vergewissern. Bei genauer Betrachtung war somit nicht das Führen des Fahrzeugs fahrlässig. Dies wäre auch kaum denkbar. Vielmehr wurde dem Lenker zugebilligt, irrtümlich angenommen zu haben, dass er wieder zum Fahren berechtigt ist. Weil das Strassenverkehrsgesetz die Fahrlässigkeit bereits damals unter Strafe stellte, führte der Sachverhaltsirrtum zu Recht zu einer Bestrafung wegen fahrlässigen Führens eines Fahrzeugs trotz Führerausweisentzugs.<sup>18</sup>

Diese Beispiele deuten in Umrissen bereits an, worum es dem Gesetzgeber beim Erlass von Art. 333 Abs. 7 StGB der Sache nach wohl ging: Nicht um die fahrlässige Begehung der Tathandlung (Abgabe von Fernmeldeanlagen, Briefpostbeförderung, Strolchenschiffahrt), sondern um den «Rechtsirrtum». Wer das Verbot, Fernmeldeanlagen an Unbefugte abzugeben nicht kennt, soll sich auch dann nicht exkulpieren können, wenn die Unkenntnis der Verbotsnorm auf pflichtwidriger Unvorsicht beruht. Ebenso wenig soll den Kurierdienst, der sich versehentlich auch zum Versand von Briefen innerhalb der reservierten Dienste berechtigt wähnt, die pflichtwidrige Unkenntnis des

Postmonopolbereichs entlasten.<sup>19</sup> Das Gleiche gilt auch für die Unkenntnis von Geboten. Wer nicht um seine Pflicht weiss, die Beschädigung eines Schiffahrtssignals unverzüglich der Polizei zu melden,<sup>20</sup> unterliegt bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen auch der Fahrlässigkeitsstrafe.

Die These, dass die generelle Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Nebenstrafrecht nicht auf die pflichtwidrig unvorsichtige Begehung der Tat, sondern auf die vorwerfbare Verbotsunkenntnis abzielt, ist nicht neu. Sie stammt von Guido Jenny, der 1990 zum Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht ausführte: «Nicht wenige Tatbestände, insbesondere jene, die ein Handeln ohne Bewilligung, Ermächtigung usw. erfordern, sind hier so formuliert, dass sofort ins Auge springt: die Fahrlässigkeit, die in erster Linie gemeint ist, ist nicht die ... Tatfahrlässigkeit, sondern die (vermeidbare) Unkenntnis der Norm bzw. Bewilligungspflicht.»<sup>21</sup> Er spricht insoweit von «Rechtsfahrlässigkeit».<sup>22</sup> Dieser Schlussfolgerung geht eine ganze Reihe nicht ohne Weiteres verständlicher Überlegungen voraus, die im Folgeabschnitt nachvollzogen werden.

#### IV. Gesetzgebungsgeschichte von Art. 333 Abs. 7 StGB

Aus heutiger Sicht ist kaum mehr verständlich, weshalb zur Bekämpfung der Normunkenntnis im Nebenstrafrecht eine grenzenlose Fahrlässigkeitsstrafbarkeit geschaffen werden musste. Zur Bestrafung des Briefkuriers, der behauptet, das Briefversandmonopol der Post nicht zu kennen, brauchen wir heute keine Fahrlässigkeitsstrafnorm mehr. Nach Art. 21 StGB, der auch im Nebenstrafrecht gilt (Art. 333 Abs. 1 StGB), handelt nicht schuldhaft, wer ein Verbot weder kannte noch kennen konnte. War die Unkenntnis vermeidbar, so wird die Strafe gemildert. Dem Briefkurier wird somit vorgeworfen, dass seine Verbotsunkenntnis im Sinne von Art. 21 StGB vermeidbar war. Damit unterliegt er einer allenfalls gemilderten Bestrafung wegen vorsätzlicher Übertretung des Postgesetzes.

Die Regelung von Art. 333 Abs. 7 StGB kann mit anderen Worten nur im entstehungsgeschichtlichen Kontext verstanden werden. Der geschichtliche Rückblick wird zeigen, dass die umfassende

<sup>15</sup> Art. 31 Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG).

<sup>16</sup> Jenny, ZStrR 108 (1990) 245.

<sup>17</sup> Art. 44 Abs. 2 und Art. 50 Bundesgesetz über die Binnenschiffahrt (BSG) vom 3. Oktober 1975.

<sup>18</sup> BGE 117 IV 302 E. 3b/bb.

<sup>19</sup> Art. 31 Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG).

<sup>20</sup> Art. 24 Abs. 2 i. V. m. Art. 42 Abs. 1 und Art. 50 Bundesgesetz über die Binnenschiffahrt (BSG) vom 3. Oktober 1975.

<sup>21</sup> Jenny, ZStrR 108 (1990) 245; s. a. D'Addario/Vetterli, SHK AuG, Vor Art. 115–120, N 15 («Gerade wenn es – wie bei den Fahrlässigkeitstatbeständen des Ausländerstrafrechts – um den Verstoß gegen Bewilligungserfordernisse geht, ist Fahrlässigkeit praktisch nur noch definierbar als Unkenntnis der Regelung, um die der Täter bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte wissen müssen»).

<sup>22</sup> Jenny, ZStrR 108 (1990) 245.

Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für nebenstrafrechtliche Übertretungen erst vom Parlament in das StGB/1937 eingefügt wurde. Ausschlaggebend hierfür waren praktische Bedürfnisse (1.). Diese praktischen Bedürfnisse sind überhaupt erst entstanden, weil die Geltung des Schuldstrafrechts auch auf das Nebenstrafrecht erstreckt wurde. Das Formaldelikt wurde abgeschafft (2.). Damit stellte sich erstmals das Problem des Vorsatznachweises im Nebenstrafrecht (3.). Zum Vorsatz gehörte damals auch die Unrechtskenntnis. Fehlte die Unrechtskenntnis, so fehlte auch der Vorsatz. Dies führte in aller Regel zur Straflosigkeit, ausser wenn auch die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht war. Die damals ins Gesetz aufgenommene umfassende Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zielte somit auf die fahrlässige Verbotsunkenntnis (4.). Es ging insoweit um die Rechtsfahrlässigkeit (5.), welche damals noch nicht nach den Regeln des Rechtsirrtums (6.) behandelt wurde.

## 1. Praktische Bedürfnisse

Zunächst war noch vorgesehen, die Fahrlässigkeit im Neben- und Kernstrafrecht gleich zu regeln. Art. 350 des bundesrätlichen Entwurfs zum Strafgesetzbuch von 1918 erstreckte die Geltung der Allgemeinen Bestimmungen auf nebenstrafrechtliche Erlasse, soweit diese keine abweichenden Bestimmungen enthielten.<sup>23</sup> Dies hätte für die Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht bedeutet, dass sie nur bei expliziter spezialgesetzlicher Statuierung strafbar gewesen wäre.<sup>24</sup> Die hier zur Diskussion stehende Regel, dass Übertretungen des Nebenstrafrechts generell auch bei Fahrlässigkeit strafbar sind, wurde erst in den parlamentarischen Beratungen ins Gesetz eingefügt. Die nationalrätliche Kommission beantragte dem Rat in der Sitzung vom 3. März 1930 erfolgreich die folgende Ergänzung von Art. 350 des Entwurfs: *«Die in andern Bundesgesetzen unter Strafe gestellten Übertretungen sind strafbar, auch wenn sie fahrlässig begangen werden, sofern nicht nach dem Sinn der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist.»*<sup>25</sup>

Diese Bestimmung lehnte sich in den wesentlichen Teilen wörtlich an § 10 des Polizeistrafgesetzes für den Kanton Basel-Stadt vom 23. September 1872 an:<sup>26</sup> *«Polizeiübertretungen sind*

*strafbar, auch wenn sie nur aus Fahrlässigkeit begangen werden, sofern nicht nach Wortlaut oder Sinn der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist.»* Dieser Basler Regelung lag die Überlegung zugrunde, dass es auf dem Gebiet des Polizeirechts in erster Linie auf den *«eingetretenen Erfolg, nicht auf die rechtswidrige Gesinnung»* ankommt. *«Die fahrlässig herbeigeführte Gefährdung bietet in der Regel die nämliche Gefahr, wie die vorsätzlich verursachte. Hieraus ergibt sich die, wenn auch nicht absolute, Gleichstellung von dolus und culpa auf dem Gebiet des Polizeistrafrechts.»*<sup>27</sup> Damit wollte man der *«eigenartigen Natur des Polizeiuurechts»* gerecht werden. Bereits Carl Stooss erkannte, *«in Bezug auf den subjektiven Tatbestand wird die Polizeiübertretung somit strenger behandelt als das Verbrechen.»*<sup>28</sup>

Zur Ergänzung des bundesrätlichen Entwurfs führte Nationalrat Gustav Adolf Seiler als Berichterstatter der Kommission aus: *«Wie aber verhält es sich insbesondere mit der Behandlung der fahrlässigen Straftatbestände der Nebenstrafgesetzgebung? ... Soll mit andern Worten auch bei den Polizeistraftatbeständen, den Fiskaldelikten usw. Bestrafung wegen Fahrlässigkeit nur eintreten, wenn es ausdrücklich im betreffenden Gesetz gesagt ist? So weit glaubte die Kommission nicht gehen zu können. Gerade bei diesen Übertretungen von Bundesgesetzen ist der Beweis des Vorsatzes oftmals fast unmöglich zu erbringen. Die Beschränkung der Strafbarkeit auf die vorsätzliche Begehung müsste zu einer Freisprechung auch in Fällen führen, in denen eine solche Lösung stossend wäre.»*<sup>29</sup>

Beide Räte folgten dieser Auffassung diskussionslos.<sup>30</sup> Die Ergänzung von Art. 350 des Entwurfs wurde schliesslich zum Gesetz. Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 ebenso wie der heutige Art. 333 Abs. 7 StGB sind wörtlich identisch mit dem Kommissionsantrag von 1930. Mit der Einführung der umfassenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit wurde einem «praktischen Bedürfnis» entsprochen.<sup>31</sup>

## 2. Formaldelikt

Vor Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuches galt im Nebenstrafrecht verbreitet die Erfolgshaftung. Insbesondere im Polizei- und Fiskal-

<sup>23</sup> BBl 1918 IV 208; dazu Botschaft vom 23. Juli 1918, BBl 1918 IV, 77.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 350 Abs. 1 i. V. m. Art. 16 VE-StGB/1918 (*«Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer ein Vergehen vorsätzlich verübt»*).

<sup>25</sup> Sitzung des Nationalrates vom 3. März 1930, StenBull NR 1930 44 ff.; Hafer, 108.

<sup>26</sup> Müller, 53 f.

<sup>27</sup> Stooss, 1892, 207 (beide Zitate).

<sup>28</sup> Beide Zitate bei Stooss, 1892, 167 f.

<sup>29</sup> Gustav Adolf Seiler, Sitzung vom 3. März 1930, StenBull NR 1930 45.

<sup>30</sup> Vgl. StenBull NR 1930, 45–60; für den Ständerat vgl. das Votum des späteren Bundesrats Johannes Baumann in der Sitzung vom 10. Dezember 1931, StenBull SR 1931 677 f. (*«Die Beschränkung der Strafbarkeit auf die vorsätzliche Begehung müsste zu Freisprechungen führen, die durchaus unangebracht wären»*).

<sup>31</sup> Thormann/von Overbeck, Art. 333 N 4 und Art. 102 N 6; s. a. Graf, ZStrR 60 (1946) 368 f.

strafrecht herrschte das sogenannte «Formaldelikt» vor.<sup>32</sup> Hierbei handelte es sich um eine Art strafrechtliche Kausalhaftung, also um eine strafrechtliche Verantwortlichkeit unabhängig von «Verschulden».<sup>33</sup> Auf diese formaldeliktische Natur von Übertretungen spielte auch die Bemerkung zum Basler Polizeigesetz von 1872 an, wonach es «im Gebiet des Polizeirechts ... zunächst auf den eingetretenen Erfolg, nicht auf die rechtswidrige Gesinnung»<sup>34</sup> ankomme. Carl Stooss soll sich dann jedoch dafür eingesetzt haben, dass Täter nur für schuldhaft verursachte Erfolge belangt werden.<sup>35</sup>

Im Gesetzgebungsverfahren zum Schweizerischen Strafgesetzbuch setzte sich die Überzeugung durch, dass das Schuldprinzip auch im Übertretungsstrafrecht Geltung haben müsse: «In frühern Zeiten ist die Praxis mehr auf dem Standpunkt des Formaldelikttes gestanden. Man hat den Schuldbeweis überhaupt nicht verlangt, sondern erklärt: Wer sich gegen eine Polizeivorschrift verstösst, verfällt der Strafe. Diesen Standpunkt hat das Gesetz verlassen. Der Grundsatz der Schuldhaftung soll auch bei den Uebertretungen gelten.»<sup>36</sup> Soweit aber die damals schon bestehenden Übertretungstatbestände noch als Formaldelikte erlassen worden waren, mussten sie die Begehungsform (Vorsatz und/oder Fahrlässigkeit) nicht regeln. Für den wohl nicht seltenen Fall, dass Polizeivorschriften nur die vorsätzliche Begehung umfassten, stellte der Gesetzgeber deshalb über Art. 333

Abs. 3 StGB/1937 sicher, dass auch die fahrlässige Begehung der ehemaligen Formaldelikte bestraft wird. «Der Sprung vom Formaldelikt zur grundsätzlich nur vorsätzlich strafbaren Uebertretung wäre zu gross gewesen, und würde den Voraussetzungen, unter denen diese Tatbestände entstanden sind, nicht Rechnung tragen.»<sup>37</sup>

Vor diesem Hintergrund wird im Übrigen auch die Einschränkung verständlich, wonach Fahrlässigkeit bei der nebenstrafrechtlichen Übertretung nur dann strafbar sein soll, wenn «nicht nach dem Sinne der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist». Nur bei älteren Nebenstrafgesetzen, welche sich zur «Schuldfrage» (Vorsatz; Fahrlässigkeit) gar nicht äusserten, sollte Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 nachträglich die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit einführen. Statuierte ein älterer nebenstrafrechtlicher Erlass bereits den Vorsatz als Strafbarkeitsvoraussetzung, sollte es dabei bleiben.<sup>38</sup> Dass auf den Sinn und nicht den Wortlaut der nebenstrafrechtlichen Vorschrift abgestellt wird, soll nach einer damaligen Lehrmeinung dahin gehend zu verstehen sein, dass die Einschränkung auch dann gelte, «wenn zwar nicht das Wort Vorsatz oder vorsätzlich, wohl aber eine Wendung gebraucht wird, die den Vorsatz einschliesst oder mit Notwendigkeit voraussetzt; dies würde z. B. zutreffen, wenn die Tat nur für strafbar erklärt wird, falls sie böswillig, arglistig, oder in einer bestimmten Absicht verübt wird»<sup>39</sup>. Komplexe Auslegungsfragen wirft die Einschränkung insbesondere bei Bundesgesetzen auf, deren Übertretungsstrafbestimmungen jünger sind als Art. 333 Abs. 3 StGB/1937. Hier muss unterstellt werden, dass der Bundesgesetzgeber wusste, dass jeder neu erlassene nebenstrafrechtliche Übertretungstatbestand automatisch, also auch ohne explizite Statuierung, bei fahrlässiger Begehung strafbar ist. Diese Unterstellung vorausgesetzt, ist kaum mehr vorstellbar, wie nach dem «Sinn» (nicht dem Wortlaut) der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung strafbar sein soll. Dies erklärt auch die Schwierigkeiten, welche die Einschränkung von Art. 333 Abs. 7 StGB der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis heute bereitet.<sup>40</sup>

<sup>32</sup> Hafter, 40 und 107 f.; nach BGE 19 I 676 E.2 handelt es sich bei «Zolldefraudation» «um ein Formaldelikt, bei welchem der Mangel der rechtswidrigen Absicht die Bestrafung nicht ausschliesst; gleich noch unter dem Zollgesetz von 1893: BGE 26 I 338, 340; eine (zögerliche) Praxisänderung vollzog das Bundesgericht ausgerechnet in einem Fall, indem es um einen Angestellten der Schweizerischen Bundesbahnen ging, der «als solcher die Funktionen eines Zolldeklaranten am Bahnhof Brig» versah und eingeführten Wein gestützt auf die Angaben im Frachtbrief als Naturwein deklarierte, obwohl es sich um «verdorbenen Kunstwein» handelte: BGE 39 I 395 E. 6. Das Formaldelikt sollte nicht mit dem unten (bei Fn. 57) zu thematisierenden *crimen culpae* (dazu Welzel, 1969, 161), welches die Rechtsfahrlässigkeit betrifft, verwechselt werden.

<sup>33</sup> Müller, 20 («Das Formaldelikt bedeutet die reine Erfolgshaftung. Nicht der deliktische Wille des Rechtsbrechers, sondern allein sein rechtswidriges Verhalten ist massgebend. Die Tat nicht der Täter wird bestraft»); zu den Schuldpräsumptionen vgl. Hafter, 109.

<sup>34</sup> Stooss, 1892, 207.

<sup>35</sup> Exner, ZStrR 24 (1911) 167 m. H. a. die Ausführungen zur Körperverletzung von Stooss, 1901, 8 f. («Grundsatz, dass der Thäter nur für den Erfolg, den er schuldhaft verursacht hat, und im Verhältnis zu seinem Verschulden bestraft werde»); vgl. auch Botschaft vom 23. Juli 1918, BBl 1918 IV 10 («Es sollte dem Entwurf als Vorzug angerechnet werden, dass er den Grundsatz der Haftung für das Verschulden, mit Ausschluss einer Haftung für den zufälligen Erfolg, weit reiner durchgeführt hat, als irgendeines der bestehenden Gesetzbücher»).

<sup>36</sup> Gustav Adolf Seiler, Sitzung vom 3. März 1930, StenBull NR 1930 45 f.; eingehend Müller, 19 ff.; s. a. Hafter, 107 f. und Botschaft vom 23. Juli 1918, BBl 1918 IV 67 («Die Bestimmungen des allgemeinen Teils des ersten Buches gelten auch für die Übertretungen... Ebenso die Vorschriften betreffend Zurechnungsfähigkeit und Schuld (Art. 10–18). Entgegen der französischen Theorie, dass zur Strafbarkeit der Übertretung die Erfüllung des äusseren Tatbestandes hinreiche, wird hier derselbe Schuldnachweis verlangt, wie bei Vergehen»).

<sup>37</sup> Comtesse, SJZ 39 (1942) 107.

<sup>38</sup> Ähnlich bereits Comtesse, SJZ 39 (1942) 107 («Die bestehenden z. T. sehr alten Übertretungen des Bundesrechtes datieren mitunter noch aus der Zeit des Formaldelikttes; d. h. man stellte damals nicht darauf ab, ob der Täter sich schuldhaft, sondern nur, dass er objektiv tatbestandsmässig gehandelt habe. So kommt es, dass in vielen Fällen weder Vorsatz noch insbesondere von Fahrlässigkeit die Rede ist, obschon nach dem ursprünglichen Sinn des Gesetzes mindestens auch die Fahrlässigkeit bestraft werden soll»).

<sup>39</sup> Thormann/von Overbeck, Art. 333 N 4.

<sup>40</sup> Vgl. nur BGE 117 IV 302 E. 3b/bb.



### 3. Vorsatznachweis

Die Einführung von Art. 333 Abs. 7 StGB war also von einem rechtsstaatlich durchaus unterstützungswürdigen Anliegen getragen: Das Schuldstrafrecht sollte auch für Übertretungen gelten.<sup>41</sup> Mit diesem Paradigmenwechsel stellte sich aber im eidgenössischen Polizei- und Fiskalstrafrecht erstmals das beweisrechtliche Problem des Schuld- und damit auch des Vorsatznachweises. Zum Schuldnachweis gehörte nach damaligem Strafrechtsverständnis auch der Nachweis des Vorsatzes. Vorsatz und Fahrlässigkeit galten damals als Formen der Schuld.<sup>42</sup> Das lässt sich bereits an der Marginalie von Art. 18 StGB/1937 ablesen («Schuld. Vorsatz und Fahrlässigkeit»). Allerdings kann man nicht so weit gehen, die Marginalie als einen gesetzgeberischen Positionsbezug in einem Meinungsstreit zu deuten, «den es damals noch nicht gab».<sup>43</sup> Der Umstand, dass insbesondere der Vorsatz als Form der Schuld – und nicht wie heute als subjektiver Teil des Tatbestands beim Unrecht – behandelt wurde, ist mit anderen Worten keine gesetzgeberische Absage an den erst später entwickelten Delikttaufbau nach der sog. finalen Handlungslehre.<sup>44</sup>

Vorsatz und Fahrlässigkeit waren damals also noch unbestrittenermassen Formen der Schuld. Dieser Unterschied im Delikttaufbau erklärt aber noch nicht, weshalb der Vorsatznachweis im Nebenstrafrecht ein beweisrechtliches Problem sein soll. Warum soll es schwieriger sein, dem Möbeldändler einen Zollbetrugsvorsatz nachzuweisen, als dem Messerstecher einen Tötungsvorsatz? Noch viel weniger klar ist, weshalb diesem Beweisproblem nur dadurch soll begegnet werden können, dass eine umfassende Fahrlässigkeitsstrafbarkeit geschaffen wird. Dies wird erst verständlich, wenn man sich vor Augen hält, dass nach Auffassung des damaligen Gesetzgebers zum Vorsatz nicht nur die wissentliche Vornahme der Tathandlung (Messerstich, Möbelimport) und das Wollen

des Taterfolgs (Tod), sondern auch das Wissen um das strafrechtliche Verbot gehörte. Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass das Unrechtsbewusstsein zum Vorsatz gehört (sog. Vorsatztheorie).<sup>45</sup> Im Gegensatz zum universell bekannten kernstrafrechtlichen Tötungsverbot ist die Kenntnis nebenstrafrechtlicher Zollbestimmungen, Postmonopole oder Schiffsführerplichten weit weniger verbreitet, jedenfalls aber schwieriger nachweis- resp. unterstellbar. Wie sollte der deutsche Kriegsdienstverweigerer («Refraktär») Görner, der Mitglied der Sozialdemokratischen Jugend Luzern war, wissen, dass ihm jegliche politische Aktivität in der Schweiz verboten war?<sup>46</sup>

### 4. Fahrlässige Verbotsunkenntnis

Hier wird nun der Sinn der nebenstrafrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit deutlich: Wenn zum Vorsatz auch die Verbotskenntnis gehört, dann führt der fehlende Nachweis der Verbotskenntnis dazu, dass der Täter vorsatzlos handelt. Vorsatzlosigkeit wiederum führt in der Regel zur Straflosigkeit, ausser wenn auch die Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht ist. Mit anderen Worten konnten mit der Einführung der umfassenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 diejenigen Strafbarkeitslücken geschlossen werden, die wegen des neu konsequent eingeführten Schuldstrafrechts durch die verbreitete Normunkenntnis im Nebenstrafrecht drohten.

Dies lässt sich an einem noch vor Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs gefällten Bundesgerichtsentscheid aufzeigen: *Franz Ludwig Ritter* war ein deutscher Kaufmann in Zürich, dem 1933 der «Darmhandel auf eigene Rechnung» bewilligt, anderweitige Erwerbstätigkeiten indes verboten wurden.<sup>47</sup> In seinem Wohnhaus an der Hornbachstrasse 56 im Zürcher Seefeld-Quartier war er als Hausabwart tätig, ohne zu wissen, dass auch eine solche unentgeltliche Tätigkeit der ausländerrechtlichen Bewilligungspflicht unterlag. Um seine Verurteilung aufrechterhalten zu können, musste ihm das Bundesgericht eventualvorsätzliche Verbotskenntnis unterstellen. In casu war es indes viel naheliegender, dass *Ritter* gerade darauf vertraute, die unentgeltliche Nebenbeschäftigung unterliege keiner Bewilligungspflicht. Seine Aufenthaltsbewilligung vom 29. August 1933 bestimmte «Darm-

<sup>41</sup> Dazu im Allg. Müller, 24 ff.; Zürcher, SJZ 15 (1919) Heft 22, 337 («Der Grundsatz 'keine Strafe ohne Schuld' findet Ausdruck ... ferner darin, dass in Art. 288 ... derselbe Schuldnachweis bei den Übertretungen verlangt wird ... Oft der Richter da allerdings vor die schwersten Probleme gestellt»).

<sup>42</sup> Nationalrat Gustav Adolf Seiler, Sitzung vom 3. März 1930, StenBull NR 1930 45 («... die Behandlung der Schuldform, insbesondere der Fahrlässigkeit»); Nationalrat Paul Logoz, Sitzung vom 3. März 1930, 47 f. («culpabilité intentionnelle»); Hafer, 40 («Daraus ist zu schliessen, dass in jedem Fall ein Schuldbeweis, mindestens Fahrlässigkeit, erbracht sein muss...»); Exner, ZStrR 24 (1911) 168 («In Art. 19 werden konform der herrschenden Auffassung konsequent zwei Schuldformen unterschieden. Die ... Fahrlässigkeit ... der Vorsatz»); Zürcher, SJZ 15 (1919) 337 («Die zwei Schuldformen sind: Vorsatz und Fahrlässigkeit»).

<sup>43</sup> Stratenwerth, ZStrR 114 (1996) 11; s. a. unter Hinweis auf die dogmengeschichtliche Entwicklung ZStrR 114 (1996) 7. («Zugleich dürfte deutlich sein, dass das Marginale bei Art. 18 StGB keinesfalls als Option des Gesetzgebers für die 'klassische' Verbrechenstheorie in Anspruch genommen werden kann»).

<sup>44</sup> Dazu insb. Welzel, 1957, passim; ferner Stratenwerth, ZStrR 81 (1965) 179 ff.

<sup>45</sup> Auch heute gehört das Bewusstsein, Unrecht zu tun, insofern noch zum Vorsatz, als sich der Täter wissentlich für die *Rechtsgutsverletzung* entscheiden muss: Stratenwerth, AT I, § 9 N 70. Über das fundamentale Wissen hinaus, schutzwürdige Güter zu verletzen, wird das Unrechtsbewusstsein nunmehr aber als Problem der Schuld behandelt, dazu unten Fn. 52.

<sup>46</sup> BGE 70 IV 98.

<sup>47</sup> BGE 60 I 412.



*händler auf eigene Rechnung. Anderweitige Erwerbstätigkeit und Berufswechsel verboten*». Da er ohne Entgelt als Hausabwart tätig war, musste er nicht davon ausgehen, damit einer anderen «Erwerbstätigkeit» nachzugehen. Vorgeworfen wurde ihm schliesslich auch nicht die Zuwiderhandlung gegen seine Aufenthaltsbewilligung, sondern die Verletzung der allgemeinen ausländerrechtlichen Bestimmung, wonach sich «Ausländer ... vor Eintritt einer Stelle, bei der Fremdenpolizeibehörde ... anzumelden» hatten.<sup>48</sup> Als bewilligungspflichtiger Stellenantritt galt nach dieser Bestimmung auch die Aufnahme einer unentgeltlichen Tätigkeit. Dahinter steckte die Überlegung, dass der Ausländer mit seinem entschädigungslosen Engagement einem Schweizer eine normalerweise bezahlte Stelle wegnahm. Aufgrund des Wortlauts der Aufenthaltsbewilligung ist jedoch davon auszugehen, dass *Ritter* die Verletzung der ausländerrechtlichen Bestimmung nicht in Kauf nahm, sondern vielmehr darauf vertraute, dass er all seinen Bewilligungspflichten nachgekommen war und seine unentgeltliche Abwartstätigkeit keine weitere Bewilligung erforderte. Die fahrlässige Verletzung ausländerrechtlicher Bestimmungen war nach damaliger Rechtslage nicht strafbar.<sup>49</sup> Richtigerweise hätte er deshalb freigesprochen werden müssen. Zwar ging er wissentlich und willentlich einer Hausabwartstätigkeit nach, doch wusste er nicht um das Verbot unbewilligter Gefälligkeitsarbeit. Sein Vorsatz umfasste somit das Unrechtsbewusstsein nicht. Wäre das Schweizerische Strafgesetzbuch damals schon in Kraft gewesen, hätte der drohende Freispruch ohne die wenig plausible Unterstellung der Verbotskenntnis schlicht über Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 abgewendet werden können: Mangels Nachweis des (Eventual-)Vorsatzes hätte *Ritter* wegen fahrlässiger Verletzung des Bundesgesetzes über den Aufenthalt und die Niederlassung der Ausländer verurteilt werden können. Freilich hätte sich auch dann noch das Problem des (hier wohl unvermeidbaren) Verbotsirrtums gestellt.

<sup>48</sup> BGE 60 I 413 ff.

<sup>49</sup> Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (Eidgenössische Gesetzessammlung, Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, Band 49 – Neue Folge, Jahrgang 1933, Bern 1934, 279 ff.) bestimmte: «Der nicht niedergelassene Ausländer darf eine Stelle erst antreten ..., wenn ihm der Aufenthalt zum Stellenantritt bewilligt ist.» In den Strafbestimmungen sah Art. 24 Abs. 1 vor: «Der erste Abschnitt des Bundesgesetzes vom 4. Februar 1853 über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft findet Anwendung.» Das Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Hornung 1853 (Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft, III. Band, Bern 1853, 404 ff., 408) bestimmte in Art. 11: «Die in dem besondern Theile dieses Gesetzes bezeichneten Strafen finden, wo nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt ist, nur da Anwendung, wo die strafbaren Handlungen oder Unterlassungen mit rechtswidrigem Vorsatze verübt worden sind»; vgl. *Graf*, ZStrR 60 (1946) 372; zu diesem Gesetz im Allg. *Tschopp*, 23 ff.

## 5. Rechtsfahrlässigkeit

Fest steht somit, dass mit Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 das praktische Problem des Vorsatznachweises gelöst werden sollte. Der Vorsatznachweis erstreckte sich nach damaliger Vorstellung auch auf die Verbotskenntnis. Durch die Statuierung einer umfassenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit sollte der im Nebenstrafrecht verbreiteten fehlenden Verbotskenntnis beigegeben werden. Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 führte mit anderen Worten dazu, dass eine nebenstrafrechtliche Übertretung nicht mehr erst bei Kenntnis der Verbotsnorm bestraft werden konnte, sondern nunmehr bereits ein Kennensollen des Verbots ausreichte. Damit ist aber auch die oben aufgestellte These erhärtet, dass die generelle Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Nebenstrafrecht nicht auf die pflichtwidrig unvorsichtige Begehung der Tat, sondern auf die vorwerfbare Verbotsunkenntnis abzielt. Man spricht insoweit von «Rechtsfahrlässigkeit».<sup>50</sup>

Dieser Begriff wurde geprägt im Rahmen der Auseinandersetzung um die Frage, wo innerhalb des Verbrechensaufbaus das Unrechtsbewusstsein abzuhandeln ist. Auf der einen Seite standen die Vertreter der oben bereits erwähnten «Vorsatztheorie». Danach ist das Unrechtsbewusstsein ein Bestandteil des Vorsatzes. Die Gegner verfochten die sogenannte «Schuldtheorie». Danach ist die Unrechtskenntnis vor allem eine Voraussetzung der Schuld. Zwar umfasst der Vorsatz auch nach der Schuldtheorie insofern noch Elemente des Unrechtsbewusstseins, als sich der Täter wissentlich gegen das geschützte Rechtsgut entscheiden muss,<sup>51</sup> doch geht es der Theorie im Kern darum, dass bei unvermeidbarer Unkenntnis eines Verbots nicht länger ein Schuldvorwurf erhoben werden kann.<sup>52</sup>

Der Vorsatztheorie wurde zunächst vorgeworfen, dass sie ihre Prämissen gerade in gravierenden Fällen nicht einhalten könne. Vorsatz verlange gegenwärtiges Bewusstsein. Bei Tötungsdelikten im Affekt etwa bedenke der Täter aber im Moment seines Handelns das Tötungsverbot nicht. Sein Vorsatz erstreckte sich nur auf die Verwirklichung der Tat, nicht auch auf deren Rechtswidrigkeit. Diesem Einwand wurde begegnet, indem man ein Mitbewusstsein im Sinne eines aktuell zwar nicht gegebenen, aber aktualisierbaren Wissens um das Unrecht genügen liess. Weit schwerer wog indes der Vorwurf, dass die Vorsatztheorie die Bestrafung von Personen nicht erklären kann, die sich aus Gleichgültigkeit nicht um strafrechtliche Verbots-

<sup>50</sup> *Willi*, 64 ff.

<sup>51</sup> Dazu oben Fn. 45.

<sup>52</sup> Zu Vorsatz- und Schuldtheorien *Donatsch*, ZStrR 102 (1995) 16 und 48 ff.; ferner *Graf*, ZStrR 60 (1946) 363 ff.

normen scheren.<sup>53</sup> Solchen Verbotsindifferenten fehlt die Unrechtskenntnis und damit – in der Logik der Vorsatztheorie – auch der Vorsatz. Damit bleibt nur noch der Weg, entweder eventualvorsätzliches Unrechtsbewusstsein zu fingieren, indem dem Gleichgültigen die Inkaufnahme eines strafrechtlichen Verbots unterstellt wird,<sup>54</sup> oder eben eine umfassende «Rechtsfahrlässigkeit» zu schaffen, mit der man den vorsatzlos handelnden Gleichgültigen wenigstens der Fahrlässigkeitsstrafe unterwerfen kann. Der erste Weg drängt sich vor allem im Kernstrafrecht auf, wo dem Gleichgültigen vorgehalten werden kann, angesichts der Verletzung elementarer Güter und Interessen auch die Verletzung von Strafnormen in Kauf genommen zu haben.<sup>55</sup> Der zweite Weg, die Rechtsfahrlässigkeit, wurde vom Gesetzgeber 1930/1931 für das Nebenstrafrecht eingeschlagen.<sup>56</sup>

Zur «Schaffung eines Aushilfetatbestandes der Rechtsfahrlässigkeit» führte Hans Welzel 1957 aus: «In allen Fällen fahrlässiger Verbotsunkenntnis, in denen fahrlässiges Handeln nicht bereits unter Strafe gestellt ist, soll der Täter wegen Rechtsfahrlässigkeit mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft werden. Dieses von den einzelnen Tatbeständen losgelöste crimen culpae stellt einförmig die mangelnde Rechtserkundung des Täters unter Strafe. Ihm fehlt die Beziehung zur konkreten Tat.»<sup>57</sup> Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 kann in diesem Sinne als crimen culpae gedeutet werden. Auch dieser Bestimmung fehlt der Bezug zur konkreten Tat. Sie kommt jeweils zur Anwendung, wenn eine abweichende spezialgesetzliche Regelung fehlt. Sie regelt die Fälle fahrlässiger Unkenntnis eines nebenstrafrechtlichen Übertretungsverbots. Der einzige Unterschied zu dem von Hans Welzel beschriebenen crimen culpae besteht darin, dass Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 nicht als losgelöste Norm mit selbständiger Strafdrohung strukturiert ist. Vielmehr droht die Bestimmung anstelle einer selbständigen Strafe für die (rechts-) fahrlässig begangene Tat unbesehen die Vorsatzstrafe an. Letzteres ist nur in Bezug auf den Normindifferenten konsequent. Bei ihm ist nicht einzusehen, weshalb er in den Genuss einer Strafmilderung kommen sollte. Schliesslich bleibt noch die Frage, weshalb die (behauptete) Rechts-

unkenntnis nicht von allem Anfang an über die Regeln des Rechtsirrtums abgehandelt wurde.

## 6. Rechtsirrtum

Auch die Stellung des Rechtsirrtums im Nebenstrafrecht bedarf historischer Klärung. Der Gesetzgeber wollte die drohenden Strafbarkeitslücken – wie ausgeführt – schliessen, indem er im Nebenstrafrecht eine umfassende Rechtsfahrlässigkeit statuierte. Aus heutiger Sicht ist nur schwer verständlich, weshalb die Verbotsunkenntnis nicht von Beginn weg über den Rechtsirrtum geregelt wurde. Art. 20 StGB/1937 galt auch im Nebenstrafrecht (Art. 333 Abs. 1 StGB/1937). Wurde dies bei der Verabschiedung des Strafgesetzbuches übersehen?

Es wurde dargelegt, dass der Gesetzgeber bei der Beratung von Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 in den Kategorien der Vorsatztheorie dachte (IV. 3. oben). Trifft dies auch auf den Rechtsirrtum zu? Bereits der Umstand, dass der Rechtsirrtum unter der Marginalie «Schuld» geregelt war, legt das Gegenteil nahe. Dies gilt auch für den Wortlaut. Während Art. 18 des bundesrätlichen Entwurfs von 1918 noch lautete: «Wer ein Vergehen in dem Glauben verübt, er sei zu der Tat berechtigt, kann milder bestraft werden»,<sup>58</sup> hat das Parlament Art. 20 StGB/1937 wie folgt erweitert: «Hat der Täter aus zureichenden Gründen angenommen, er sei zur Tat berechtigt, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 66) oder von einer Bestrafung Umgang nehmen.»<sup>59</sup> Danach ist bei entschuldbarer Unkenntnis einer Verbotsnorm sogar ein Strafverzicht möglich. Dies könnte auf den ersten Blick als Bekenntnis des Gesetzgebers zur Schuldtheorie verstanden werden: Strafverzicht als Folge fehlender Schuld. Auch der erste Teil des Votums von Nationalrat Gustav Adolf Seiler scheint sich in diesem Sinne interpretieren zu lassen, indem er ausführte, dass der «richtige Weg» – auch einen Strafverzicht zuzulassen – «durch die Schuldlehre vorgezeichnet» werde.<sup>60</sup> Mit dem Hinweis auf die «Schuldlehre» war jedoch nicht die Schuldtheorie als Gegenpol zur Vorsatztheorie gemeint. Mit dem Begriff der «Schuldlehre» bezog sich Nationalrat Seiler vielmehr auf die konsequente Einführung des Schuldstrafrechts, welche neben der Abschaffung des Formaldelikts (s.o. IV. 2.) auch die Überwindung des «error iuris nocet»-Grundsatzes notwendig machte. Wer sich aus zureichenden Gründen zur Tat berechtigt wähnte, ein Verbot also nicht kannte und nicht kennen konnte, dem

<sup>53</sup> Zum Ganzen Welzel, 1957, 54 ff. und Stratenwerth, AT I, § 11 N 52.

<sup>54</sup> So etwa im «Darmhandels-Fall» (BGE 60 I 412), dazu oben Fn. 47 ff. Heute besteht die Tendenz, bei «wissentlichem Nichtwissen» Inkaufnahme des Verbots zu unterstellen, vgl. Niggli/Maeder, BSK StGB I, Art. 21 N 20.

<sup>55</sup> Dass sich die Unterstellung von eventualvorsätzlicher Verbotskenntnis nicht auf das Kernstrafrecht beschränkte, zeigt gerade der bereits erwähnte «Darmhandels-Fall» (BGE 60 I 412), s.o. Fn. 47 ff.

<sup>56</sup> StenBull NR 1930 45–60; StenBull SR 1931 677 f.; Jenny, ZStrR 108 (1990) 244 f.

<sup>57</sup> Welzel, 1957, 55.

<sup>58</sup> Botschaft vom 23. Juli 1918, BBl 1918 IV 108.

<sup>59</sup> Zu dieser Änderung siehe Stooss, ZStrR 42 (1929) 130 f.

<sup>60</sup> NR Gustav Adolf Seiler, Sitzung vom 8. März 1928, StenBull NR 1928 88.

sollte dieser Irrtum nicht länger schaden können. Der Täter konnte in solchen Fällen nach schuldstrafrechtlichen Grundsätzen nicht länger mit Strafe belegt werden.

Dass sich der Nationalrat auch bei der Verabschiedung von Art. 20 StGB/1937 noch gänzlich der Vorsatztheorie verpflichtet fühlte, zeigt sich an den weiteren Ausführungen von Nationalrat Seiler: «*Fehle das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ... so fehle eben der Vorsatz und damit die Strafbarkeit.*»<sup>61</sup> Der Gesetzgeber behandelte die Verbotskenntnis somit noch als Vorsatzproblem. Es war erst das Bundesgericht, welches nach Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs am 1. Januar 1942 den «Rechtsirrtum» konsequent nach der Schuldtheorie zu interpretieren begann. So führte es 1944 im bereits erwähnten Leitescheid («Refraktär Görner») aus: «*Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört nicht zum Vorsatz ... fehlt es, so gilt Art. 20 StGB.*»<sup>62</sup> Damit steht fest, dass der historische Gesetzgeber die Unkenntnis eines Verbots durchwegs als Vorsatzproblem betrachtete. Es ist insofern konsequent, dass er versuchte, die im Nebenstrafrecht befürchteten Strafbarkeitslücken über die Schaffung einer umfassenden Rechtsfahrlässigkeit (Art. 333 Abs. 3 StGB/1937) zu schliessen. Erst die Rechtsprechung interpretierte die vorwerfbare Verbotsunkenntnis als Schuldproblem nach Art. 20 StGB/1937.

## 7. Zusammenfassung

Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 wurde erst durch das Parlament in das Strafgesetzbuch eingefügt. Unmittelbarer Anlass waren die praktischen Schwierigkeiten des Vorsatznachweises im Nebenstrafrecht. Dieses Nachweisproblem entstand, weil das Schuldstrafrecht im neuen Strafgesetzbuch konsequent umgesetzt wurde. Das Formaldelikt wurde abgeschafft. Auch im Nebenstrafrecht sollte keine Strafe mehr ohne Schuld ausgefällt werden können. Zur Schuld gehörte nach damaligem Verständnis auch der Vorsatz und zum Vorsatz das Unrechtsbewusstsein (sog. Vorsatztheorie). Der Täter musste also nicht nur die Tathandlung wissentlich und willentlich begehen, sondern auch um das Unrecht wissen. Im Kernstrafrecht resp. bei der Verletzung elementarer Rechtsgüter im Nebenstrafrecht können Verbote grundsätzlich als bekannt unterstellt werden. Im übrigen Nebenstraf-

recht ist die Unkenntnis von Verboten hingegen ein häufigeres Phänomen.<sup>63</sup> Um zu verhindern, dass die Unkenntnis nebenstrafrechtlicher Verbote verbreitet in Freisprüchen mündet, wurde Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 geschaffen. Dieser statuiert eine umfassende Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Einem Täter, dessen Vorsatz sich nicht auf das nebenstrafrechtliche Verbot erstreckte, konnte somit zumindest die Normunkenntnis als Pflichtwidrigkeit angelastet werden. Man sprach insofern von Rechtsfahrlässigkeit. Weil der damalige Gesetzgeber der Vorsatztheorie verhaftet war, kam er auch nicht auf den aus heutiger Sicht näherliegenden Gedanken, den Verbotsirrtum als Problem der Schuld zu behandeln (sog. Schuldtheorie) und den Täter im Nebenstrafrecht nur dann zu exkulpieren, wenn er sich aus «*zureichenden Gründen ... zur Tat berechtigt*» wähnte.

Art. 333 Abs. 3 StGB/1937 ist wörtlich identisch mit dem Kommissionsantrag von 1930. Auch die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches von 2002 wurde nicht zum Anlass genommen, die Bestimmung zu überdenken. Sie wurde lediglich vom dritten in den siebten Absatz verschoben. Der Bundesrat stellte sich auf den Standpunkt, dass eine entsprechende Überarbeitung des gesamten Nebenstrafrechts den Rahmen der Revision sprengen würde.<sup>64</sup> Das Versäumnis, bei der grossen AT-Revision die grenzenlose Fahrlässigkeitsstrafbarkeit einzudämmen, war seinerseits eine grenzenlose Fahrlässigkeit des Bundesgesetzgebers. So kommt es, dass der heutige Art. 333 Abs. 7 StGB weiterhin auf dem Stand von 1930 verharret.

## V. Streichung von Art. 333 Abs. 7 StGB?

Nachdem die grenzenlose Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Nebenstrafrecht im vorangegangenen Abschnitt aus historischer Perspektive erläutert wurde, stellt sich abschliessend die Frage, welche Folgerungen daraus für das geltende Recht zu ziehen sind. Ist Art. 333 Abs. 7 StGB heute überhaupt noch anwendbar?

Wer heutzutage ein Verbot nicht kennt, wird nach den Regeln des Verbotsirrtums (Art. 21 StGB) behandelt. Diese Bestimmung gilt auch im Nebenstrafrecht (Art. 333 Abs. 1 StGB). Beim Verbotsirrtum wird zunächst gefragt, ob der Täter Anlass hatte, die Rechtmässigkeit seines Verhaltens zu überprüfen. Ein solcher Anlass ergibt sich aus der

<sup>61</sup> So unter Bezugnahme auf eine von Hafer eingebrachte Kritik NR Gustav Adolf Seiler, Sitzung vom 8. März 1928, StenBull NR 192888; dazu bereits Jenny, ZStrR 108 (1990) 245 dortige Anm. 15; Ehram, SJZ 41 (1945) 233 («Seiler und der von ihm informierte Nationalrat waren offenbar der Meinung, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehöre zum Vorsatz»).

<sup>62</sup> BGE 70 IV 98 (Regeste); bestätigt in BGE 75 IV 150.

<sup>63</sup> Müller, 54 («Übertretungsstrafrecht, wo der entschuldbare Rechtsirrtum nicht zu den Seltenheiten gehört»).

<sup>64</sup> Botschaft vom 21. September 1998, BBl 1999 2156.

sogenannten *Appellwirkung* des Vorsatzes: Wer Tatbestandsmerkmale wissentlich verwirklicht, sollte in der Regel bereits *deshalb* gehalten sein, sich über die Erlaubtheit seines Tuns Gewissheit zu verschaffen. Dahinter steckt der Gedanke, dass mit tatbestandsmässigem Verhalten meist in hochwertigen Gütern eingegriffen wird. Der Täter muss sich somit auch ohne nähere Kenntnis der strafrechtlichen Verbote bewusst sein, mit seinem Verhalten das soziale Zusammenleben zu gefährden. Diese Appellwirkung wird schwächer, je weiter sich ein Verbot vom Kern unerlässlichen Rechtsgüterschutzes entfernt. Dies zeigt sich etwa beim Verbot, einen Ingenieurtitel zu führen, der den Eindruck erwecken könnte, von der ETH verliehen worden zu sein.<sup>65</sup> Andererseits ist es keineswegs so, dass die Appellwirkung im Nebenstrafrecht generell fehlt. Dies machen insbesondere gefahrgeneigte Tätigkeiten, wie die unbewilligte Herstellung von Schiesspulver, deutlich.<sup>66</sup> Dem Schuldvorwurf entgeht nach Art. 21 StGB nur, wer gar keinen Anlass hatte, sich über die Rechtmässigkeit seines Tuns zu vergewissern, oder wer sich zwar so vergewisserte, etwa indem er Rechtsauskünfte einholte, dabei jedoch Informationen erhielt, durch die sich auch eine gewissenhafte Person hätte in die Irre führen lassen.<sup>67</sup> Ebenfalls nicht vorwerfbar ist eine Verbotsunkenntnis, wenn zuverlässige Informationen mangels richterlicher Klärung der (Un-)Rechtmässigkeit nicht erhältlich sind.<sup>68</sup>

Guido Jenny plädiert dafür, dass der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht *«nur bei Übertretungen eingreift, die ein den Tatbestandstypen des Kernstrafrechts strukturverwandtes Unrecht erfassen, z. B. falsche Angaben gegenüber der Verwaltung»*.<sup>69</sup> In den übrigen Fällen nebenstrafrechtlicher Übertretungen soll die Verbotsunkenntnis mit anderen Worten weiterhin als Bestandteil des Vorsatzes behandelt werden. Er begründet dies mit dem soeben erläuterten Versagen der Appellfunktion des Vorsatzes in weiten Bereichen des Nebenstrafrechts. Bei der Verletzung kernstrafrechtlicher Normen sollte sich dem Täter die Unrechtmässigkeit seines Tuns bereits aufgrund der wissentlichen Erfüllung

von Tatbestandsmerkmalen (z. B. Verursachen eines Todeserfolgs) erschliessen. Eine solche Appellwirkung vorsätzlichen Handelns fehlt indes bei nebenstrafrechtlichen Tatbeständen, *«die über keinerlei Gegenstück in einer sozialen Norm verfügen»*.<sup>70</sup> Hier erschliesst sich dem Täter das Verbot seines Tuns erst aus der Kenntnis der Norm. Wenn aber der Täter erst aufgrund der Verbotsnorm überhaupt wissen kann, dass er die Grenzen des erlaubten (Risikos) überschritten hat, dann ist *«die Fahrlässigkeit zum vorneherein nicht als eigenständige, sondern nur noch als eine von der virtuellen Verbotskenntnis abhängige Grösse denkbar»*.<sup>71</sup> Dies spricht dafür, in den kernstrafrechtlichen Rechtsgüterschutz strukturell fernen Gebieten des Nebenstrafrechts die Verbotskenntnis weiterhin als Tatbestandselement zu fassen. Dagegen spricht, wie Guido Jenny selbst einräumt (*«Schmerz der Grenze»*)<sup>72</sup>, dass die geforderte Unterscheidung nur schwer praktikierbar ist.

Unabhängig davon, ob man die fehlende Kenntnis eines nebenstrafrechtlichen Verbots nach den gängigen Regeln des Verbotsirrtums oder im Sinne von Guido Jenny behandelt, stellt sich die Frage der heutigen Bedeutung von Art. 333 Abs. 7 StGB. Im historischen Teil wurde dargelegt, dass mit der Schaffung einer umfassenden Rechtsfahrlässigkeit diejenigen Strafbarkeitslücken geschlossen werden sollten, welche im Nebenstrafrecht durch die pflichtwidrige Unkenntnis von Verboten drohten. Nach heute wohl herrschender Lehre sind die Fälle pflichtwidriger Verbotsunkenntnis durch Art. 21 StGB sachgerecht und abschliessend geregelt. Weil diese Bestimmung auch im Nebenstrafrecht gilt (Art. 333 Abs. 1 StGB), steht fest, dass derjenige Anwendungsbereich, welcher die Einführung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für nebenstrafrechtliche Übertretungen ursprünglich gerechtfertigt hatte, heute entfallen ist. Kurz gesagt, ist die Rechtsfahrlässigkeit heute durch den Verbotsirrtum abgedeckt. Folgt man hingegen der Auffassung Guido Jennys und behandelt das Wissen um das strafrechtliche Verbot in den kernstrafrechtsfernen Teilgebieten des Nebenstrafrechts weiterhin als Vorsatzproblem, dann führt die fehlende Verbotskenntnis dort zu vorsatzlosem Handeln. Es tritt Straflosigkeit ein. Es sei denn, auch die fahrlässige Tatbegehung ist strafbewehrt. Diese Konzeption führt für die nebenstrafrechtlichen Übertretungen dazu, dass Art. 333 Abs. 7 StGB als Rechtsfahrlässigkeitstatbestand wieder in vollem Umfang auflebt, weshalb sie hier abgelehnt wird.

<sup>65</sup> Art. 38 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz) vom 4. Oktober 1991.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 37 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz, SprstG) vom 25. März 1977.

<sup>67</sup> Zum Ganzen Donatsch, ZStrR 102 (1995) 25 ff., insb. 35 (*«Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Einholung von Rechtsauskünften muss m. E. die Überlegung sein, dass es nicht zulässig sein kann, den Grundsatz «error iuris nocet» auf diesem Umweg de facto zur Geltung zu verhelfen»*); Jenny, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 21 N 15 ff.; Stratenwerth, AT I, § 11 N 53 ff.

<sup>68</sup> Joecks, MK, § 17 N 58 (*«Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum wird weiterhin bei ungeklärten Rechtsfragen vorliegen»*); Vogel, LK, § 17 N 75 (*«... kann das zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum führen, wenn die Rechtslage insgesamt sehr unklar ist»*).

<sup>69</sup> Jenny, ZStrR 108 (1990) 257.

<sup>70</sup> Jenny, ZStrR 108 (1990) 257.

<sup>71</sup> Jenny, ZStrR 108 (1990) 252; gleich D'Addario/Vetterli, SHK AuG, Vor Art. 115–120, N 15 (*«Gerade wenn es um den Verstoß gegen Bewilligungserfordernisse geht, ist Fahrlässigkeit praktisch nur noch definierbar als Unkenntnis der Regelung»*).

<sup>72</sup> Jenny, ZStrR 108 (1990) 253.



Noch immer anwendbar ist Art. 333 Abs. 7 StGB – zumindest dem Wortlaut nach – auf die Tatfahrlässigkeit. Weil die Rechtsfahrlässigkeit heute selbst unter Strafrechtspraktikern kaum mehr bekannt ist, bezieht der unbefangene Leser die Formulierung, wonach «*die in andern Bundesgesetzen unter Strafe gestellten Übertretungen strafbar sind, auch wenn sie fahrlässig begangen werden*», automatisch auf die Tatfahrlässigkeit von Art. 12 Abs. 3 StGB. Zu diesem heute geläufigen Fahrlässigkeitsbegriff steht Art. 333 Abs. 7 StGB indes völlig quer. Zunächst wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Während Fahrlässigkeit selbst bei Übertretungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches nur auf ausdrückliche Anordnung hin strafbar ist (Art. 104 StGB), ist sie es bei nebenstrafrechtlichen Übertretungen grundsätzlich immer. Blendet man die historischen, heute indes nicht mehr einschlägigen Gründe hierfür aus,<sup>73</sup> ist die Regelumkehr sachlich nicht mehr zu rechtfertigen. Art. 12 Abs. 1 StGB zwingt den Gesetzgeber dazu, sich bei der Schaffung einer neuen Strafnorm zur Strafwürdigkeit der fahrlässigen Begehung Gedanken zu machen. Im Nebenstrafrecht ist er von dieser Pflicht dispensiert, ohne dass ersichtlich wäre, weshalb die Fahrlässigkeit hier per se strafwürdig sein soll. Die Fahrlässigkeit ist, wie etwa das Beispiel der Strolchenschiffahrt zeigt,<sup>74</sup> hier konzeptionell meist auch nur als pflichtwidrige Normunkenntnis denkbar.<sup>75</sup> Hinzu kommt, dass dort, wo Fahrlässigkeit im Kernstrafrecht für strafwürdig gehalten wird, diese Begehungsform in aller Regel einer milderen Strafe unterworfen ist. Dahinter steckt die offenkundige Überlegung, dass die versehentliche Rechtsgutsverletzung weniger schwer wiegt als die sehende. Dieser Gedanke findet in Art. 333 Abs. 7 StGB gar keinen Niederschlag. Die Fahrlässigkeit wird ohne Abschlag pauschal für strafbar erklärt. Der Fahrlässigkeitstäter unterliegt der Vorsatzstrafe. Diese Rechtsfolge ist, wie im historischen Teil zur Rechtsfahrlässigkeit bereits erörtert,<sup>76</sup> nur plausibel für denjenigen Täter, der sich aus Gleichgültigkeit nicht um Verbote schert. Auch nach heutigem Recht kann sich der Täter, der die Regeln einer Rechtsordnung bewusst ignoriert, nicht auf den Verbotsirrtum berufen.<sup>77</sup> Er unterliegt der ungemilderten Vorsatzstrafe. Mag die Gleichbehandlung bei Rechtsfahrlässigkeit angemessen sein, stellt die Ausfällung einer Vorsatz-

strafe für den *tatfahrlässig* Handelnden eine ernsthafte Bedrohung des Schuldstrafrechts dar. Die versehentliche wird der gewollten Rechtsgutsverletzung gleichgestellt. Dies spricht dafür, Art. 333 Abs. 7 StGB bereits de lege lata nicht mehr auf die Tatfahrlässigkeit anzuwenden. Die Norm ist insofern teleologisch zu reduzieren.

Damit steht zusammenfassend fest, dass Art. 333 Abs. 7 StGB in Bezug auf die (rechts)fahrlässige Normunkenntnis durch die modernen Regeln zum Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) verdrängt wurde und hinsichtlich der Tatfahrlässigkeit schuldstrafrechtlich unhaltbar ist. Nach geltendem Recht sollte sie deshalb auf tatfahrlässige Deliktsverwirklichungen nicht mehr angewendet werden. De lege ferenda sollte der Gesetzgeber nachholen, was er 2002 in grenzenloser Fahrlässigkeit als «*weit über die Ziele der vorliegenden Revision*» hinausgehend verworfen hat:<sup>78</sup> Die ersatzlose Streichung von Art. 333 Abs. 7 StGB!

## Literatur und Materialien

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch (vom 23. Juli 1918), BBl 1918 IV 1 ff. (zit. Botschaft vom 23. Juli 1918)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 1979 ff. (zit. Botschaft vom 21. September 1998)

BSK s. Niggli/Wiprächtiger

Caroni, Martina/Gächter, Thomas/Thurnherr, Daniela, Stämpfli Handkommentar – Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010 (zit. SHK AuG-Bearbeiter/in, Art. N.)

Comtesse, F., Das Strafgesetzbuch und die strafrechtliche Nebengesetzgebung, SJZ 39(1942) Heft 8, 105 ff.

Donatsch, Andreas, Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum, ZStrR 102 (1995) 16 und 48 ff.

Ehrensam, Paul, Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Vorsatz im schweizerischen Strafgesetzbuch (Art. 18 Abs. 2 und Art. 20), SJZ 41 (1945) 229 ff.

Eicker, Andreas, Sind die Strafvorschriften des Nebenstrafrechts oft zu unbestimmt und daher unanwendbar? Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 6B\_771/2011 vor dem Hintergrund aktueller Gesetzgebungslehre, Editions Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 6. Februar 2013 (zit. Eicker, Bemerkungen)

Exner, Franz, Schuld- und Erfolgshaftung im schweizerischen Vorentwurf, ZStrR 24 (1911) 167 ff.

Graf, Max, Über das Verhältnis von Unrechtsbewusstsein und Vorsatz, ZStrR 60 (1946) 363 ff.

Hafer, Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1946

<sup>73</sup> Dazu Comtesse, SJZ 39 (1942) 107 sowie oben bei Fn. 37.

<sup>74</sup> Oben Fn. 17.

<sup>75</sup> Z.R. Jenny, ZStrR 108 (1990) 245 («Nicht wenige Tatbestände, insbesondere jene, die ein Handeln ohne Bewilligung, Ermächtigung usw. erfordern, sind hier so formuliert, dass sofort ins Auge springt: die Fahrlässigkeit, die in erster Linie gemeint ist ... die [vermeidbare] Unkenntnis der Norm»).

<sup>76</sup> Oben IV. 5.

<sup>77</sup> Niggli/Maeder, BSK StGB I, Art. 21 N 20.

<sup>78</sup> Botschaft vom 21. September 1998, BBl 1999 2156.

- Jenny, Guido, Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht ZStrR 108 (1990) 241 ff.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–37, 2. Auflage, München 2011 (zit. *Bearbeiter/in, MK*)
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, Einleitung, §§ 1 bis 31, 12. Auflage, Berlin 2007 (zit. *Bearbeiter/in, LK*)
- LK s. Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann
- MK s. Joecks/Miebach
- Morrison, Trevor W., Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes, Southern California Law Review, Vol. 74, 2000/2001, Issue 2, January 2001, 455 ff.
- Müller, Walter, Die Schuldfrage im Übertretungs-Strafrecht, Diss. Zürich 1927, Turbenthal 1928
- Niggli, Marcel/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Auflage, Basel 2013 sowie Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Auflage, Basel 2013 (zit. *Bearbeiter/in, BSK StGB I/II, Art. N.*)
- Pfund, Walter Robert, Das Gestrüpp unseres Steuerstrafrechts, Kritische Bemerkungen zum neuen Wehrsteuerstrafrecht, ASA 48 (1979) Heft 1/2, 1 ff.
- Schwander, Vital, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Auflage, Zürich 1964
- SHK s. Caroni/Gächter/Thurnherr
- Simester, A. P./Sullivan, G. R., Criminal Law – Theory and Doctrine, 2nd edition, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2003
- Spescha, Marc/Thür, Hanspeter/Zünd, Andreas/Bolzli, Peter (Hrsg.), Migrationsrecht – Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009 (zit. *Bearbeiter, Migrationsrecht – Kommentar, Art. N.*)
- Stooss, Carl, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt, erster Band, Basel und Genf, 1892 (zit. *Stooss, 1892*)
- Stooss, Carl, Bericht über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission. Zweiter Teil. Dem hohen eidgenössischen Justizdepartement erstattet, Bern 1901 (zit. *Stooss, 1901*)
- Stooss, Carl, Der allgemeine Teil des schweizerischen Strafgesetzentwurfs nach den Beschlüssen des Nationalrats, ZStrR 42 (1929) 129 ff. (zit. *Stooss, ZStrR 42 [1929]*)
- Stratenwerth, Günter, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das Schweizerische Strafrecht, ZStrR 81 (1965) 179 ff. (zit. *Stratenwerth, ZStrR 81 [1965]*)
- Stratenwerth, Günter, Zur Systematik des (revidierten) Allgemeinen Teils des StGB, in: Niklaus Schmid/Martin Killias (Hrsg.), Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, ZStrR 114 (1996) 3 ff. (zit. *Stratenwerth, ZStrR 114 [1996]*)
- Stratenwerth, Günter, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Auflage, Bern 2011 (zit. *Stratenwerth, AT I*)
- Thormann, Philipp/von Overbeck, Alfred, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Erster Band, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–110, Zürich 1940 sowie ebd., Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zweiter Band, Besondere Bestimmungen, Art. 111–332, Einführung und Anwendung des Gesetzes, Art. 333–401, Zürich 1941 (zit. *Thormann/von Overbeck, Art. N.*)
- Tschopp, Eduard, Verhältnis der allgemeinen Bestimmungen des Bundesstrafrechtes von 1853 und des eidgenössischen Strafgesetzentwurfes von 1918 zur Nebenstrafgesetzgebung, Diss. Zürich 1930, Lenzburg 1931
- Welzel, Hans, Das neue Bild des Strafrechtssystems, Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 3. Auflage, Göttingen 1957 (zit. *Welzel, 1957*)
- Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969 (zit. *Welzel, 1969*)
- Wili, Alexander, Schuld und Irrtum im schweizerischen Strafrecht, Diss. Bern 1959, Winterthur 1960, 64 ff.
- Zürcher, E., Der Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918, V. Vorsatz und Fahrlässigkeit, SJZ 15 (1919) Heft 22, 337 ff.